



Roj: **STS 2161/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2161**

Id Cendoj: **28079120012020100383**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2020**

Nº de Recurso: **10733/2019**

Nº de Resolución: **368/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2577/2019,**  
**STS 2161/2020**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10733/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Penal**

##### **Sentencia núm. 368/2020**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10733/2019-P interpuesto por **Mauricio**, representado por la procuradora DOÑA CLARA ROSA SINTES SANCHEZ, bajo la dirección letrada de DON JUAN BETANCOR GONZÁLEZ, contra la sentencia dictada el 28 de octubre de 2019 por el Tribunal Superior de Justicia de Gran Canaria. Sala de lo Penal, por la que se desestima el Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, Sección Segunda, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 88/2018, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de asesinato intentado, del artículo 139.1 del Código Penal; de un delito de malos tratos habituales del artículos 173.2 y 3 del artículo 173.2 y 3 del Código Penal y finalmente por un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468.2 del mismo cuerpo legal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y Violeta, representado por DOÑA MARIA ISABEL TORRES COELLO, y bajo la dirección letrada de DON JOSÉ LUIS SÁNCHEZ CHICO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** - El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de DIRECCION000 incoó Sumario Ordinario 110/2017 por delito de asesinato intentado, malos tratos habituales y quebrantamiento de medida cautelar, contra **Mauricio**, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, Sección Segunda. Incoado el Sumario 88/2018, con fecha 20 de junio 2019 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El procesado, Mauricio, inició aproximadamente en el año 2007 una relación de pareja con Violeta, con quien, al poco de iniciar la relación, empezó a vivir en el mismo domicilio. El 11 de febrero de 2011 el procesado y Violeta contrajeron matrimonio, y, durante la relación, tuvieron dos hijas. Con el paso del tiempo se divorciaron, aunque siguieron manteniendo relación de pareja hasta el mes de noviembre de 2016.

El procesado desde el comienzo de la relación, dio muestras de un comportamiento violento para con Violeta, todo ello como manifestación de su dominio sobre la misma, caracterizado por agresiones físicas esporádicas, y constantes humillaciones e insultos, todo lo cual provocó en aquella una situación permanente de ansiedad, labilidad emocional y miedo, y generó un clima de terror en el domicilio familiar. Así, el procesado se dirigía a ella con expresiones tales como "voy a reventar la casa con bombonas de gas con los niños dentro". En un ocasión en que Violeta llegó al domicilio afectada de diarrea, el acusado le restregó los excrementos por el cuerpo a la vez que le decía; "tienes diarrea porque has mantenido relaciones sexuales con otros hombres". En otras ocasiones le tiraba latas de bebida cuando Violeta caminaba por la calle con sus hijas menores de edad. Las humillaciones, menosprecios y agresiones sucedieron tanto dentro como fuera del domicilio familiar, y en presencia de las hijas menores de edad.

La agresividad del procesado con los años fue en aumento, siendo más violento con Violeta en los dos últimos años de relación, aumentando las agresiones físicas, y amenazas. En concreto el procesado en el mes de febrero de 2016 le propinó a Violeta una patada en el estómago cuando esta estaba embarazada, sobre las 22:30 horas del día 11 de Noviembre de 2016, le profirió a Violeta la siguiente expresión cuando ambos se hallaban en la Avenida de Gáldar de DIRECCION000: "Esta noche sí vas a morir. Lo juro por mis hijas".

Asimismo, sobre las 03:04 horas del día 12 de Noviembre de 2016, el procesado, le mandó a su ex-mujer, Violeta un mensaje de voz vía whatsapp desde el número de teléfono NUM000 al número de teléfono NUM001, en el que se podía escuchar las siguientes expresiones: "Ya está, ya de lista, ya se te acabó todo lo lista ya, ya ahora raquetazo trás raquetazo donde te pille, te lo juro, a las dos, a donde pille a las dos, tráeme a Mauricio a Secamé y su puta madre, que me coman la polla todos, todos, uno por uno me los vas a traer y me los voy a comer con papas...hija de puta, sabes lo que es bueno. Hoy hoy termino, hoy termino con ustedes". Por estos hechos el juzgado de Violencia sobre la Mujer n.0 1 de DIRECCION000, le impuso al procesado, por auto fechado el 14 de noviembre de 2016, en las diligencias urgentes núm. 796/2016, como medida cautelar, la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de Violeta y comunicarse con ella, durante la tramitación del procedimiento. El procesado finalmente fue condenado por estos hechos por sentencia firme de fecha 15 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Penal n.0 5 de Las Palmas de Gran Canaria, en el procedimiento abreviado n. 0 262/2017, por dos delitos de amenazas del artículo 169.2 CP, con circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 CP.

También se declara probado que, estando en vigor la medida cautelar referida, el procesado, el día 9 de febrero de 2017, en hora indeterminada pero en todo caso, de madrugada, se dirigió al centro comercial Ronda sito en DIRECCION000 (Las Palmas) sabedor de que su ex mujer, la llamada Violeta, se encontraba en el lugar. Una vez allí, al verla junto a un amigo del procesado, el llamado Efrain, cuando se hallaban en el rellano de la escalera del aparcamiento, aprovechando la soledad del lugar, se dirigió rápidamente hacia él, le propinó una patada en la zona genital, para quitarlo del medio, y, acto seguido, corrió hacia Violeta, para, sorpresivamente, con total desprecio por la vida de ésta, propinarle un fuerte puñetazo en la cabeza que provocó que ella cayese al suelo, y ello a sabiendas de que Violeta tenía una prótesis frontal como consecuencia de un accidente de tráfico sufrido en el año 2001, y que era su punto más débil. Sin darle tiempo a Violeta a incorporarse, aturdida, y sin posibilidad de reacción, el procesado le propinó dos patadas en la cara, un puñetazo y otra patada en la misma zona. Mientras Violeta permanecía en el suelo, el procesado se dirigió de nuevo hacia Efrain, quien permanecía inmóvil en el lugar, y le dio un puñetazo en la cara y una patada, ante lo cual Efrain se marchó del lugar. A continuación, el procesado se tumbó al lado de Violeta, hasta que, al ver que ésta se reincorporaba, el procesado se levantó y, sin darle ninguna oportunidad de defensa, estando Violeta aturdida, inclinada hacia adelante recogiendo sus pertenencias del suelo, le propinó una fortísima patada en la cabeza, provocando con ello que Violeta cayese de nuevo al suelo inconsciente, donde le propinó dos patadas más también en la cabeza, marchándose a continuación del lugar tras comprobar que Violeta ya no se movía, quedando esta tirada en el suelo, inconsciente, hasta que una tercera persona acudió en su auxilio.

Como consecuencia de los golpes recibidos Violeta sufrió lesiones consistentes en traumatismo craneo encefálico moderado, heridas faciales, hematomas bipalpebrales de ambos ojos, herida en labio inferior de



1 centímetro, herida en región occipital de 2 cms bordes irregulares sangrantes, fractura de pared externa orbitaria no desplazada de ojo izquierdo, pérdida de pieza dentaria, requiriendo para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico posterior consistente ingreso hospitalario, sutura de heridas en cuero cabelludo y labio inferior, y en tratamiento odontológico, requirió ingreso hospitalario de 6 días, curando a los 31 días, de los cuales 21 estuvo impedida para realizar sus actividades habituales. Violeta como consecuencia del trato recibido por el procesado durante todo el tiempo transcurrido desde el año 2007 hasta el 9 de febrero de 2017 presenta afectación significativa de la autoestima y sintomatología propia del trastorno de estrés postraumático."

**SEGUNDO.** - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que CONDENAMOS al acusado Mauricio :

Como autor de un delito de asesinato intentado, previsto y penado en los artículos 139.1 en relación con el 16 y 62 del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal agravante de parentesco, y la gravante de género, a la pena de prisión de ONCE AÑOS y SEIS MESES, a la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad con respecto a sus dos hijas menores de edad (las hijas que tiene en común con Violeta ) por el tiempo de la condena; así como la prohibición de residir y acudir al término municipal de DIRECCION000 (Las Palmas), así como de aproximarse a Violeta , a su domicilio y lugar de trabajo y cualquier otro que frecuente, en un radio de 500 metros, por un periodo de 15 años, y de comunicarse con ella por cualquier medio y por igual tiempo.

Como autor de un delito de malos tratos habituales del artículo 173, 2 y 3, del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 años de prisión, así como la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años, y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el mismo de la condena con respecto a sus dos hijas menores de edad (las hijas que tiene en común con Violeta ). Como penas accesorias: la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y la pena de prohibición de aproximación a Violeta , a su domicilio y lugar de trabajo y cualquier otro que frecuente, en un radio de 500 mts, por un periodo de 3 años, así como de comunicarse con ellos por cualquier medio y por igual tiempo.

Y finalmente por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, del artículo 468.2 del Código Penal, a la pena de prisión de 7 meses, y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

Se imponen al procesado las costas causadas incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Violeta en la cantidad de 1.569 euros por las lesiones, 790 euros por la secuela, y 60.000 euros por los perjuicios morales sufridos, con aplicación del artículo 576 de la LECivil.

La pena de prisión impuesta será sustituida por la expulsión del acusado del país del territorio español, cuando el penado cumpla tres cuartas partes de la pena impuesta y en todo caso acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, y prohibición de entrada en el país durante 10 años.

Para el cumplimiento de la pena se le abonará a Mauricio todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, así como para las penas de prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima se le abonará el tiempo que estén vigentes las medidas cautelares.

Se mantienen las mismas medidas cautelares que están vigentes hasta la firmeza de esta resolución."

**TERCERO.** - Notificada la sentencia, la representación procesal de **Mauricio** , interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sala de lo Penal, formándose el rollo de apelación 47/2019. En fecha 28 de octubre de 2019 el citado tribunal dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimarnos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Mauricio contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el procedimiento de Sumario Ordinario 110/2017 (rollo no 88/2018), proveniente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n o 1 de DIRECCION000 , la cual confirmamos en su integridad.

No se efectúa imposición de costas en esta alzada."

**CUARTO.** - Contra la anterior sentencia, la representación procesal de **Mauricio** , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones



necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.** - El recurso formalizado por Mauricio se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero. - Por infracción de precepto de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar indebida la aplicación del artículo 139 del Código Penal. Hechos constitutivos de un delito de lesiones, previsto y penado en el art. 148. 4º Código Penal.

Segundo. - Por infracción de precepto de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender indebida la aplicación del artículo 139 Código Penal en relación al artículo 22. 1ª del mismo cuerpo legal por legal. No concurrencia de alevosía.

Tercero. - Por infracción de precepto constitucional, por la vía del 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, principio de presunción de inocencia, con respecto al delito de quebrantamiento contemplado en el artículo 468.2 del Código Penal.

Cuarto. - Por infracción de precepto de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 89 del Código Penal, expulsión.

**SEXTO.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 19 de febrero de 2020, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación procesal de Violeta, como acusación particular, solicitó la inadmisión del recurso o subsidiariamente su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 1 de julio de 2020 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.** - Por sentencia de 20 de junio de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, se ha condenado a Mauricio como autor de un delito de asesinato intentado, con las agravantes de parentesco y género. También ha sido condenado como autor de un delito de malos tratos habituales y de un tercer delito de quebrantamiento de medida cautelar sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

**PRIMERO.** - 1.1 En el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se denuncia la indebida aplicación del artículo 139 del Código Penal, por considerar que no hubo dolo homicida, por lo que los hechos no son constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa, sino un delito consumado de lesiones.

La subsunción típica que propone el recurso se basa en los siguientes datos, que se deducen de los hechos probados:

- a) No hubo premeditación, concierto o cualquier otro acto previo de preparación del hecho delictivo.
- b) Los hechos ocurrieron en un Centro Comercial, un lugar concurrido, con seguridad privada, con cámaras de vigilancia, por lo que no se procuró asegurar su resultado o la impunidad.
- c) El acusado carecía de instrumento, arma o cualquier otro elemento para, o bien, conseguir el resultado de acabar con la vida de la víctima.
- d) Las lesiones sufridas fueron como consecuencias de golpes ocasionados con las extremidades del acusado, puños y pies y no fueron graves porque tardaron en curar 31 días, quedando como secuelas una ligera pérdida de la calidad de vida (6 puntos).
- e) No hubo riesgo vital y la actitud del acusado posterior a la agresión fue de colaboración.

Antes de dar respuesta al motivo conviene recordar que el análisis que nos corresponde realizar cuando se invoca infracción de ley, conforme al artículo 849.1 de la LECrim, es un análisis del juicio de tipicidad que debe partir necesariamente del relato de hechos probados de la sentencia impugnada ( SSTS 799/2017, de 11 de diciembre, por todas).

1.2 La determinación del ánimo homicida constituye uno de los problemas más clásicos del derecho penal habiendo elaborado esta Sala una serie de criterios complementarios y no excluyentes, para determinar en cada supuesto concreto si concurre el ánimo de matar o cualquier otro distinto, como el ánimo de lesionar.

El dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más



frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado ( STS 16/06/2004). En efecto, también obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante, actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poderlos controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado homicida, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca.

Para determinar si el agente ha actuado dolosamente, como la intención pertenece a la esfera interna del sujeto, a salvo de supuestos de reconocimiento, debe acudir a juicios de inferencia a partir de los datos conocidos y probados. Según reiterada jurisprudencia, podemos señalar como criterios de inferencia, sin que ello suponga una relación exhaustiva o cerrada, los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta, la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto.

1.3 En este caso el tribunal de instancia ha deducido el ánimo de matar del medio contundente empleado, de la reiteración del ataque, de la intensidad de los golpes, acreditada por los informes médicos obrantes en autos, y de la zona en que se produjo el ataque (el cráneo).

La sentencia de instancia, que es asumida en este punto por la sentencia de apelación, razona la concurrencia del ánimo homicida en los siguientes términos:

"(...) En el caso presente, habían existido amenazas de muerte a lo largo de la relación que mantuvieron acusado y víctima, las agresiones también habían sido habituales, y como relatamos en los hechos probados la violencia del acusado fue en aumento hasta llegar al día en que efectivamente consideramos que el acusado trató de acabar con la vida de Violeta . El visionado de la grabación de la agresión, llevada a cabo en el acto del plenario, no ofrece dudas acerca de dicho ánimo de matar. Se observa en un primer momento al acusado agredir al acompañante de la víctima, para de forma inmediata dirigirse a esta y comenzar a golpearla derribándola, y una vez en el suelo continúa golpeándola con patadas. A continuación el acusado vuelve a golpear al acompañante, que acaba huyendo. Tras incorporarse Violeta , y estando de pie inclinada hacia adelante recogiendo del suelo lo que se la había caído del bolso, el acusado le propina una fortísima patada en [la cabeza desplomándose la víctima sin sentido, y una vez en el suelo inconsciente, el acusado le propina dos patadas más de la misma intensidad, también en la cabeza. El acusado además era sabedor, y así lo reconoció, que la víctima portaba una prótesis en la frente como consecuencia de un accidente de tráfico, por lo que dicha zona del cuerpo era especialmente vulnerable (...)]."

1.3 Nada puede reprocharse a las sentencias en este particular. El ánimo de matar del autor se infiere no sólo de la existencia de amenazas previas de muerte sino del medio utilizado (patadas con calzado en los pies), de la localización de los golpes en la cabeza, de la reiteración y brutalidad de los golpes y del hecho, destacado en la sentencia, de que el autor conocía que la víctima portaba una prótesis en la frente. El hecho de que la acción se desarrollara en un centro comercial y que en la zona pudiera haber vigilantes no excluye la intención homicida.

La víctima sufrió traumatismo craneoencefálico moderado, hematomas en ambos ojos, herida en región occipital, fractura de pared externa orbitaria y precisó 31 días para su curación, 6 de ellos de ingreso hospitalario. La agresión fue reiterada, grave e intensa, se produjo con un instrumento contundente y en una zona ya dañada y especialmente sensible y de potencial riesgo vital, el cráneo. Es cierto que no consta que finalmente no hubo ese riesgo, sin embargo esa circunstancia no excluye ni la brutalidad de la agresión, que se pone de manifestó en las lesiones causadas, secuelas, periodo de hospitalización y tiempo total de curación, ni la intención homicida del autor. Los datos reflejados en el juicio histórico y que se acaban de reseñar son suficientemente expresivos de esa intención y no faltan precedentes de casos similares en que también esta Sala se ha pronunciado en el mismo sentido (SSTS 810/2011, de 21 de julio y 612/2013, de 10 de julio).

**SEGUNDO.** - 2.1 También por el cauce de la infracción de ley a que alude el artículo 849.1 de la LECrim se reprocha la calificación de asesinato por considerar que no hubo alevosía.

En el desarrollo argumental del motivo se afirma que la sentencia no describe un ataque sorpresivo ya que el autor, antes de agredir a la mujer, agredió a su acompañante. La propia sentencia de apelación, se dice, ha reconocido esta circunstancia, calificando *ex novo* la alevosía en su modalidad de desvalimiento, descartando





la alevosía por sorpresa, que fue la que apreció el tribunal de instancia. Para realizar ese cambio la sentencia de segunda instancia divide el acontecimiento en dos secuencias y afirma que el segundo ataque se produjo cuando la víctima estaba aturdida y no pudo defenderse.

Entiende el recurrente que en esa modalidad alevosa el desvalimiento debe ser anterior al acto agresivo, tal y como acontece en el caso de niños de corta edad, ancianos, enfermos, personas dormidas o drogadas, o personas en situación equivalente a las anteriores.

Se concluye afirmando que la víctima no tenía una situación de especial vulnerabilidad que justifique la aplicación de la alevosía por desvalimiento, máxime si tenemos en cuenta, que en el momento de la segunda agresión la víctima estaba recogiendo los objetos personales que se encontraban en el suelo, por lo que tenía conciencia y capacidad de conocer la realidad de lo que acontecía en ese momento.

2.2 Para enmarcar nuestra respuesta resulta obligado recordar que esta Sala viene reiterando (STS 117/2019, de 6 de marzo, entre otras muchas) que para apreciar la alevosía, bien como agravante genérica, bien como elemento que transmuta el homicidio en asesinato, deben concurrir los siguientes presupuestos:

- a) Un elemento normativo, en cuanto que esta circunstancia sólo puede proyectarse a los delitos contra las personas;
- b) Un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", cuando el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad;
- c) Un elemento subjetivo consistente en que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo y
- d) En cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión.

Se viene distinguiendo entre la alevosía por emboscada o acechanza, la súbita o sorpresiva y la alevosía por desvalimiento.

2.3 La cuestión que ahora se nos plantea fue también objeto de invocación y estudio con motivo del previo recurso de apelación y el Tribunal Superior de Justicia, en consonancia con el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, estimó que en el ataque a la víctima podían distinguirse claramente dos etapas o momentos: el inicial, en el que el agresor golpeó al varón que acompañaba a la mujer y a la propia mujer que cayó al suelo por los golpes recibidos y, un segundo momento, en el que la víctima se levantó aturdida e inclinada hacia delante y volvió a ser agredida esta vez de forma aún más intensa.

La sentencia de instancia, a la que se remite la sentencia de apelación, describe esta doble secuencia de la siguiente forma:

"(...) Una vez allí, al verla junto a un amigo del procesado, el llamado Efrain, cuando se hallaban en el rellano de la escalera del aparcamiento, aprovechando la soledad del lugar, se dirigió rápidamente hacia él, le propinó una patada en la zona genital, para quitarlo del medio, y, acto seguido, corrió hacia Violeta, para, sorpresivamente, con total desprecio por la vida de ésta, propinarle un fuerte puñetazo en la cabeza que provocó que ella cayese al suelo, y ello a sabiendas de que Violeta tenía una prótesis frontal como consecuencia de un accidente de tráfico sufrido en el año 2001, y que era su punto más débil. Sin darle tiempo a Violeta a incorporarse, aturdida, y sin posibilidad de reacción, el procesado le propinó dos patadas en la cara, un puñetazo y otra patada en la misma zona. Mientras Violeta permanecía en el suelo, el procesado se dirigió de nuevo hacia Efrain, quien permanecía inmóvil en el lugar, y le dio un puñetazo en la cara y una patada, ante lo cual Efrain se marchó del lugar. A continuación, el procesado se tumbó al lado de Violeta, hasta que, al ver que ésta se reincorporaba, el procesado se levantó y, sin darle ninguna oportunidad de defensa, estando Violeta aturdida, inclinada hacia adelante recogiendo sus pertenencias del suelo, le propinó una fortísima patada en la cabeza, provocando con ello que Violeta cayese de nuevo al suelo inconsciente, donde le propinó dos patadas más también en la cabeza, marchándose a continuación del lugar tras comprobar que Violeta ya no se movía, quedando esta tirada en el suelo, inconsciente, hasta que una tercera persona acudió en su auxilio (...)"

2.3 El tribunal de apelación considera que la alevosía concurrente en este caso es la de prevalimiento en cuanto que el autor, aprovechando que la víctima estaba aturdida y sin capacidad de reacción fue objeto de la agresión que pretendía acabar con su vida.



Pues bien, la alevosía por prevalimiento es aquella en que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva y generalmente se aplica a situaciones en que esa situación es previa y objetiva, como cuando se ataca a un niño, a una persona inconsciente, por ejemplo, cuando está dormida, ebria en fase letárgica o drogada ( SSTS 261/2020, de 28 de mayo, 94/2020, de 4 de marzo o 77/2020, de 25 de marzo).

Sin embargo, no faltan resoluciones en que se ha aplicado cuando como consecuencia de un primer ataque, la víctima queda en situación de indefensión absoluta. Así, en la STS 147/2007, de 19 de febrero, se declaró que hay alevosía por desvalimiento si el agente "se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima como consecuencia de los brutales golpes recibidos en la cabeza que impiden cualquier manifestación de defensa".

Y esto es así porque al margen de clasificaciones sobre los tipos posibles de alevosía, lo fundamental, como se recuerda extensamente en la STS 299/2018, de 19 de junio, es que quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación ( STS. 13.3.2000).

Esa es la razón por la que, junto a las clásicas modalidades de alevosía, se admita la llamada "alevosía sobrevenida" en la que tras un primer ataque sin modo alevoso sobrevenga un segundo ataque en el que las posibilidades de defensa estén totalmente anuladas. Generalmente este tipo de situaciones se han aplicado cuando el segundo ataque era sorpresivo mediante un cambio cualitativo de la situación, de modo en ese segundo momento o fase la víctima no podía esperar el ataque ( STS 525/2012, de 20 de junio), pero nada obsta a que ese cambio cualitativo de lugar a que el ataque se produzca cuando la víctima está en una situación de patente vulnerabilidad, sin posibilidad alguna de defensa.

Es verdad que en el desarrollo de toda agresión suele haber un momento que la víctima quede indefensa cuando se vence su resistencia o en el caso de que ésta no haya existido, lo que llevaría a concluir que todas las agresiones son alevosas y precisamente por ello, para tratar de dar claridad a este problema hemos abordado la cuestión desde dos perspectivas distintas y complementarias. De un lado, son reiterados los pronunciamientos de esta Sala en los que hemos declarado que no podrá estimarse la concurrencia de la alevosía valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión ( STS 534/2019, de 5 de noviembre).

De otro lado, se suele exigir que exista algún tipo de interrupción, un paréntesis temporal que permita al procesado renovar el dolo de matar, ahora sí, con eliminación del riesgo que conlleva toda agresión a una persona con aptitud para defenderse (cfr. por todas, STS 44/2005, 11 de abril). Pero nunca hemos dicho que esa interrupción esté sometida a un requisito cronológico, fuera del cual la agravante haya de ser excluida. Lo importante, al fin y al cabo, no es tanto la duración de esa secuencia interruptiva, sino la verdadera existencia de un acto de aprovechamiento de la debilidad de la víctima ( STS 527/2012, de 20 de junio). Las circunstancias de cada caso determinarán la solución correcta.

Proyectando estas consideraciones doctrinales al presente caso, es patente que la sentencia de instancia describe en su juicio histórico dos secuencias plenamente diferenciadas entre sí, por más que el lapso temporal entre las mismas fuera escaso. Se produjo una primera agresión al acompañante y a la víctima, como resultado de la cual ésta última cayó al suelo. La sentencia, a continuación, describe que el acusado cuando el acompañante se había ido del lugar "se tumbó al lado de Violeta , hasta que, al ver que ésta se reincorporaba, el procesado se levantó y, sin darle ninguna oportunidad de defensa, estando Violeta aturdida, inclinada hacia adelante recogiendo sus pertenencias del suelo, le propinó una fortísima patada en la cabeza, provocando con ello que Violeta cayese de nuevo al suelo inconsciente, donde le propinó dos patadas más también en la cabeza".

Hay dos secuencias claramente diferenciadas en el desarrollo de los acontecimientos y en la segunda, cuando la víctima ya estaba aturdida por consecuencia de los golpes recibidos y sin posibilidad de defensa propia o ajena, fue objeto de una brutal agresión en la cabeza con tres patadas, precisamente las que condujeron al tribunal a apreciar la intención homicida del autor. Por tanto, el ataque fue alevoso y su subsunción en el artículo 139.1.1ª CP conforme a derecho.

El motivo se desestima.

**TERCERO.** - En el tercer motivo del recurso y en relación con el delito de quebrantamiento de medida cautelar por el que el recurrente también ha sido condenado, la queja alude a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 CE, por el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim.



Se argumenta este reproche afirmando que en la sentencia de instancia se declaró probado que el acusado conocía la existencia de la orden de alejamiento que pesaba en su contra porque así lo reconoció en su declaración sumarial, pero en esa declaración lo que reconoció es que cuando se le preguntó conocía la existencia de la orden, no que la conociera cuando se produjeron los hechos enjuiciados. Se aduce que no consta que la orden se notificara de forma personal, ni que entendiera su contenido o que tuviera conocimiento de las consecuencias de su incumplimiento.

Tal y como recuerda la STS 706/2018, de 15 de enero de 2019, el control por vía de recurso de la presunción de inocencia se extiende a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Se extiende también al proceso racional, expresado en la sentencia, por el que se afirma que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004, de 4 de marzo). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada por vía de recurso, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "*nemo tenetur*" ( STS. 1030/2006, de 25 de octubre; STC. 123/2006, de 24 de abril) o la STC 204/2007, de 24 de septiembre , que ha considerado insuficientes las inferencias no concluyentes incapaces de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

En este caso, la sentencia de apelación dio respuesta a esta queja, que se reproduce en esta instancia y que debemos desestimar, una vez más, al igual que lo hizo el tribunal de apelación y por los mismos argumentos.

En la sentencia se declaró probado que el acusado conocía la vigencia de la orden de alejamiento porque así lo manifestó en su declaración sumarial, de la que no se reprocha que no fuera introducida en el plenario por los cauces legales aplicables. Ese reconocimiento explícito y sin matices es prueba de cargo suficiente para la acreditación del hecho, sin que sea necesario que el reconocimiento sea complementado con los documentos acreditativos de la notificación personal de la orden de alejamiento. Las justificaciones ofrecidas en el recurso dirigidas a cuestionar el contenido explícito de ese reconocimiento no son sino argumentos exculpatorios que formula la defensa sin base probatoria alguna. Lo cierto es que se reconoció la existencia de la orden lo que resulta suficiente para concluir en un pronunciamiento de condena.

El motivo se desestima.

**CUARTO.** - 4.1 Por último, en el cuarto motivo del recurso y con apoyo en el artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la indebida aplicación del artículo 89 del Código Penal. El recurrente alega que, conforme a lo que previene el artículo 89.4 CP, en el caso de extranjeros que lleven residiendo en España más de 10 años, se precisa que "se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza" y en este caso se estima que ese presupuesto no se ha cumplido y que la expulsión decretada es improcedente.

Esta queja también fue planteada en el previo recurso de apelación y la sentencia de segunda instancia dio cumplida respuesta señalando que, conforme a las previsiones del artículo 89 CP, procedía la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional, una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena o cuando el penado acceda al tercer grado penitenciario.

4.2 Según recordábamos en la STS 927/2016, de 14 de diciembre, la interpretación y aplicación del artículo 89 del Código Penal, en su redacción anterior a la actualmente vigente, introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, obligaba a un examen individualizado del caso, tomando en consideración las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen y también en atención a las circunstancias de los hechos en relación con los fines del proceso.

Estas mismas consideraciones siguen siendo de obligada exigencia en la actualidad y precisamente la modificación introducida por la citada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha ahondado en esta tendencia evitando todo tipo de automatismos en la expulsión del territorio nacional como sanción sustitutiva de la pena privativa de libertad.

Las claves de la nueva regulación pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) A diferencia de lo que ocurría con anterioridad, se prohíbe la sustitución de la pena de prisión por expulsión cuando la pena impuesta sea inferior a un año. En la reciente STS 233/2020, de 26 de mayo, hemos señalado que habrá de atenderse a la pena concretamente impuesta y no a la señalada abstractamente en el tipo penal aplicado, no sólo porque la literalidad de la norma así lo exige, sino porque el criterio aplicativo prioritario es





la valoración de la amenaza específica que suponga la conducta del interesado, en congruencia con lo que se dispone en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

Resulta obligado aclarar que en nuestra sentencia 233/2020, de 26 de mayo, se deslizó una referencia equivocada de la doctrina mayoritaria de la Sala III, contenida en la STS, sección 5ª, número 893/2018, de 31 de mayo, que se citó únicamente como argumento de refuerzo y que en nada afecta al sentido y contenido de nuestro pronunciamiento que tiene como referente esencial y suficiente el tenor literal del artículo 89.1 CP.

b) En los demás supuestos (penas impuestas superiores a un año) procederá la sustitución por expulsión, si bien esta regla general tiene dos excepciones:

De un lado y atendiendo a las circunstancias concretas del penado, no procederá la expulsión "cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada" ( artículo 89.4 CP).

De otro lado y atendiendo a finalidad de prevención general o especial de las penas y a la exigencia del cumplimiento de penas de cierta gravedad, se dispone que excepcionalmente se acordará el cumplimiento de la pena de prisión hasta el límite de dos tercios de su extensión sólo cuando "resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito" ( artículo 89.1 CP), límite que desaparece cuando la pena o penas impuestas sean superiores a 5 años ( artículo 89.2 CP), pero en todos estos casos la pena o el resto de pena que quede por cumplir será sustituida por la expulsión "cuando el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional",

Hemos dicho que en todo caso la expulsión debe ser siempre una medida proporcionada. Se trata de una decisión en la que deben ponderarse los intereses y derechos en juego, entre los que se encuentran las concretas circunstancias personales y de arraigo del penado ( STC 113/2018, de 29 de octubre), tales como tiempo de residencia en España, situación de arraigo familiar en función de convivencia, tipo de parentesco y obligaciones de dependencia material y económica, entre otras. También habrá de valorarse el arraigo laboral, profesional o cultural, la vinculación con el país de procedencia, los riesgos que pueda comportar la expulsión y, en general cualesquiera circunstancias que permiten una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto.

4.3 En lo que atañe a este caso, se cuestiona la decisión judicial por infracción de ley lo que nos obliga a determinar si la sentencia impugnada se ajusta en este particular a las previsiones legales.

El recurrente ha sido condenado a penas que, en conjunto, son superiores a los 14 años de prisión, una de las cuales tiene una extensión de 11 años y 6 meses. El tribunal ha ordenado la expulsión cuando el penado cumpla las tres cuartas partes de la condena y, en todo caso, cuando acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

Es cierto que la sentencia de instancia no cumplió con el deber de motivación que exige la adopción de esta medida, pero esa deficiencia fue subsanada por la sentencia de apelación en donde se justifica la decisión señalando que al penado, como consecuencia de la condena, se le ha prohibido toda comunicación con su esposa durante 18 años, se le ha privado de la patria potestad sobre sus hijas así como de su relación con ellas a través de un régimen de visitas, por lo que su vínculo familiar ha desaparecido, como también su vinculación laboral con España.

Frente a esos argumentos el recurrente considera infundada la decisión porque no se ha justificado el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 89.4 a) CP de "grave riesgo de cometer delitos de la misma naturaleza".

El motivo es improsperable ya que se pretende la aplicación de unos criterios de restricción que sólo se predicen de los ciudadanos de la Unión Europea, condición de la que no participa el penado. En efecto, el derecho a la de libertad de circulación de la que gozan todos los ciudadanos de la Unión, reconocido en el artículo 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, exige que las limitaciones a esa libertad sean más restrictivas para los ciudadanos europeos que para el resto de extranjeros.

En aplicación de ese principio, el artículo 89.4 CP establece unas pautas para la expulsión más restrictivas que para el resto de extranjeros. El precepto en cuestión dispone que "la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales", precisando, a continuación, que si ha residido en España durante los 10 años anteriores, procederá la expulsión si ha sido "condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza".



Es decir, para esta clase de ciudadanos (de la Unión Europea, con residencia en España durante 10 años), sólo cabe la expulsión si han cometido un reducido número de delitos (contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales) y si existe riesgo de reiteración.

Por lo tanto y en lo que concierne a este caso, no era necesario que el delito fuera de los previstos en el artículo 89.4 a) CP, que lo es, y tampoco, que existiera riesgo de reincidencia o reiteración, que también existía, ya que consta que las agresiones por la que ha sido condenado no han sido aisladas, al haber sido denunciado en tres ocasiones anteriores y haber sido condenado en una de ellas. Además, uno de los delitos por los que ha sido condenado en este proceso es el de maltrato habitual del artículo 172 CP, que se caracteriza por su reiteración, lo que permite concluir que en este caso, por los precedentes y por las características de los delitos cometidos, el pronóstico de reincidencia es elevado.

Pero al margen de estos presupuestos, que no son exigibles, las razones aducidas por el tribunal de apelación como justificación de la medida de expulsión evidencian la corrección de la decisión. El penado, como consecuencia de las restricciones impuestas por la condena, derivadas de su propia conducta, ha quebrantado gravemente su vínculo familiar y ha perdido el arraigo laboral y profesional que pudiera tener en este país, de suerte que la expulsión decretada, una vez cumplida la parte de pena correspondiente o cuando acceda al tercer grado o a la libertad condicional, es proporcionada y plenamente ajustada a derecho.

El motivo se desestima.

**QUINTO.** - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por Mauricio contra la sentencia de 28 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina